

ANNOTATIE

Als een deelgeschil volstrekt onnodig en ten onrechte wordt ingediend, blijft een kostenbegroting achterwege. Onder welke omstandigheden kan van het volstrekt onnodig en ten onrechte indienen van een deelgeschil sprake zijn?

J.G. Keizer

*Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 06-04-2017,
ECLI:NL:RBAMS:2017:2178 (PS-2018-0851)*

Een benadeelde verzoekt in deelgeschil voor recht te verklaren dat de huisartsenpraktijk vanwege onvoldoende zorgvuldig onderzoek aansprakelijk is voor door haar geleden schade. Zij baseert haar vordering op een advies van haar medisch adviseur, waarvan de conclusies door de huisartsenpraktijk worden betwist. Ondanks een voorstel van de huisartsenpraktijk wordt niet eerst een deskundigenadvies ingewonnen over de vraag wat onder de gegeven omstandigheden van redelijk handelend huisartsen verwacht had mogen worden. De rechter kan daarom niet op het verzochte geschil beslissen en oordeelt dat die beslissing zo voorzienbaar was, dat kostenbegroting achterwege blijft, omdat het deelgeschil aldus volstrekt onnodig en ten onrechte aanhangig is gemaakt.

In deze procedure stelt de benadeelde zich op het standpunt dat zij als gevolg van medisch verwijtbaar handelen schade heeft geleden. Zij verwijt haar huisartsen dat zij ten onrechte geen mammografie hebben laten uitvoeren, terwijl zij haar arts regelmatig had geconsulteerd in verband met enkele knobbelletjes onder haar oksel. Door het uitblijven van dit

onderzoek, althans het uitblijven van een doorverwijzing voor adequaat onderzoek, is de diagnose borstkanker volgens benadeelde minimaal één jaar laat gesteld, als gevolg waarvan zij een uitgebreide en schadelijke chemokuur heeft moeten ondergaan, die bij tijdige diagnose niet nodig zou zijn geweest.

De benadeelde stelt de huisartsenpraktijk hiervoor aansprakelijk, waarna de aansprakelijkheidsverzekeraar de aansprakelijkheid afwijst. De advocaat van benadeelde wint hierop advies in bij een medisch adviseur, die toelicht waarom zijns inziens sprake is van verwijtbaar handelen. De medisch adviseur adviseert de advocaat om met de aansprakelijkheidsverzekeraar van de huisarts te overleggen over het inschakelen van een onafhankelijke deskundige op het gebied van de huisartsgeneeskunde. Kennelijk stuurt de advocaat dit advies niet door aan de aansprakelijkheidsverzekeraar. Wel kondigt de advocaat aan een deelgeschilprocedure te gaan starten over de aansprakelijkheid. De aansprakelijkheidsverzekeraar stelt daarop voor om in dialoog te blijven en, indien sprake blijft van verschil van inzicht op medisch gebied, gezamenlijk een deskundige te raadplegen. De advocaat vraagt de verzekeraar vervolgens opnieuw aansprakelijkheid te erkennen, waarna de verzekeraar weer voorstelt een onafhankelijke deskundige te raadplegen, waarbij de verzekeraar (conform aanbeveling 18 van de Gedragscode Openheid medische incidenten (GOMA)) aanbiedt de helft van de kosten van het deskundigenonderzoek te vergoeden, waarbij de andere helft dan vergoed wordt, als aan de hand van het deskundigenonderzoek alsnog aansprakelijkheid wordt erkend. De advocaat van de benadeelde reageert niet meer op dit voorstel, en start een deelgeschil, waarin onder andere wordt verzocht voor recht te verklaren dat de huisarts jegens de benadeelde toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de (geneeskundige) behandelovereenkomst.

In haar oordeel toont de Rechtbank Amsterdam begrip voor het standpunt van de benadeelde, door te overwegen dat zij begrijpt dat verzoekster het gevoel heeft dat haar huisartsen een diagnose hebben gemist, 'nu verzoekster zich meermaals met knobbels in de linker oksel tot hen heeft gewend en hetgeen zij vreesde – borstkanker – ook daadwerkelijk bij haar werd geconstateerd'. De rechtbank overweegt evenwel dat zonder deskundigenonderzoek waarin wordt onderzocht wat onder de gegeven omstandigheden van een redelijk handelende huisarts kan worden verwacht, geen oordeel kan worden gegeven over de aansprakelijkheid. Daar waar de rechtbank voor het standpunt van de benadeelde aldus begrip toont, blijkt uit het oordeel over de verzochte kostenveroordeling dat de rechtbank minder begrip kan opbrengen voor de gekozen wijze van procederen. De rechtbank overweegt dat de deelgeschilprocedure volstrekt onnodig en ten onrechte is ingesteld, omdat voorzienbaar was dat voor een rechterlijk oordeel over de aansprakelijkheidsvraag nader deskundigenonderzoek aangewezen was, omdat de aansprakelijkheidsverzekeraar de aansprakelijkheid gemotiveerd

had afgewezen, en nota bene ook de eigen medisch adviseur had geadviseerd om in overleg met de verzekeraar een deskundige op het gebied van de huisartsgeneeskunde te raadplegen.

De deelgeschilprocedure is bedoeld om via een relatief snelle procesgang vastgelopen buitengerechtelijke onderhandelingen vlot te trekken. Partijen moeten zo snel mogelijk duidelijkheid krijgen over een tussen hen gerezen geschil. Die snelle duidelijkheid kan alleen worden verkregen als de rechter ook daadwerkelijk over voldoende stukken beschikt om een oordeel te kunnen vellen. Uitvoerige bewijslevering, bijvoorbeeld in de vorm van deskundigenonderzoek, verhoudt zich dus niet tot de doelstelling van de deelgeschilprocedure (*Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 7*). Om onder andere de financiële drempel voor de benadeelde om een deelgeschilprocedure te kunnen instellen te verlagen, en omdat de deelgeschilprocedure verbonden is met een afwikkeling buiten rechte, komen de (redelijke) proceskosten daarvan volledig voor vergoeding in aanmerking, zelfs als het verzoek inhoudelijk wordt afgewezen (*Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 4, 12 en 18*). Begroting van de kosten blijft echter achterwege als het deelgeschil volstrekt onnodig of ten onrechte is ingesteld (*Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 12*). Daarvan zal onder andere sprake zijn bij oneigenlijk gebruik van de procedure, wat zich met name zal voordoen als de deelgeschilprocedure wordt gebruikt als verkapte bodemprocedure (zie o.a. Rb. Limburg 30 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3265, PS 2018-0296), en als een beslissing op het verzoek zodanig voor de hand lag, dat verzoeker van het indienen van de procedure had moeten afzien. Dat laatste zal zich met name voordoen in situaties als de onderhavige, waar voor de benadeelde partij – gelet op de doelstelling van de deelgeschilprocedure - voorzienbaar moet zijn geweest dat een rechterlijk oordeel op het verzochte zonder nadere bewijslevering, in het bijzonder in de vorm van een rapportage van een onafhankelijke deskundige, niet te geven is. Zo overwoog de Rechtbank Rotterdam in haar beschikking van 27 november 2018 (ECLI:NL:RBROT:2018:9711, PS 2019-0015):

‘Het vergaren van aanvullende informatie of een onderzoek door een deskundige kost echter tijd en geld. Een deelgeschil leent zich daar niet voor. Een deelgeschil is immers bedoeld als middel om op korte termijn over een bepaalde kwestie een knoop door te hakken waarna partijen in de gelegenheid zijn hun onderhandelingen over een vaststellingsovereenkomst te hervatten.(...) De gemachtigde van [verzoeker] moet ervan op de hoogte zijn dat een geschil zich alleen voor behandeling in een deelgeschilprocedure leent als dit geschil door de rechter op korte termijn, zonder dat dit veel tijd en geld hoeft te kosten, beslecht kan worden.’

Een gelijkloidend oordeel is onder andere te vinden in de uitspraken van de Rechtbank Midden-Nederland van 25 april 2018 (ECLI:NL:RBMNE:2018:1838, PS 2018-0394), de Rechtbank Oost-Brabant van 8 september 2017 (ECLI:NL:RBOBR:2017:4869, PS 2017-0736), de Rechtbank Den Haag van 10 december 2013 (ECLI:NL:RBDHA:2013:18947) en de

Rechtbank Gelderland van 28 oktober 2013 (ECLI:NL:RBGEL:2013:6453). Ik merk daarbij ter nuancering wel op dat het enkele feit dat een verzoek tot beslissing in een deelgeschil wordt afgewezen omdat volgens de rechter nog aanvullende bewijslevering nodig is, nog niet betekent dat een kostenbegroting per definitie achterwege blijft. Niet voor niets is daarvoor nodig dat het geschil *volstrekt* onnodig of ten onrechte is ingediend. Mede in het licht van de zojuist genoemde rechtspraak zal dus wel vastgesteld moeten worden dat de benadeelde ook had moeten voorzien dat nadere bewijslevering nodig was, en dat desondanks – en tegen beter weten in – een deelgeschil aanhangig is gemaakt. Het kan natuurlijk ook voorkomen dat een partij op verdedigbare gronden meent al voldoende bewijs te hebben geleverd, terwijl de rechter daarover toch anders denkt. In dergelijke situaties kan niet (in ieder geval niet zonder meer) geconcludeerd worden dat het verzoek volstrekt onnodig of ten onrechte is ingediend. De verzoekende partij doet er in dergelijke situaties wel verstandig aan in het verzoek toe te lichten dat het geschil tussen partijen mede ziet op de vraag of al voldoende bewijs voorhanden is of niet.

Voor aansprakelijkheid van een aangesproken arts moet worden beoordeeld of de arts onder de gegeven omstandigheden heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot verwacht mocht worden (HR 9 november 1990, *NJ* 1991/26) en of hij aldus volgens de professionele standaard heeft gehandeld. Voor beantwoording van deze vraag moet dus eerst duidelijk zijn wat die professionele standaard inhoudt, en daarvoor is deskundige voorlichting door een arts onontbeerlijk. Het hier besproken oordeel van de Rechtbank Amsterdam dat een dergelijke medische onderbouwing voor de aansprakelijkheid in casu ontbreekt is niet geheel juist. De aansprakelijkheid werd immers wel gebaseerd op een advies van de medisch adviseur, maar diens visie werd door de aansprakelijkheidsverzekeraar gemotiveerd betwist. Hoewel de beoordeling van een medisch deskundigenbericht, ook als dat een partijrapport betreft, aan de rechter is voorbehouden (HR 9 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT2921), heeft een medisch (partij)advies een lagere bewijsrechtelijke status dan een advies van een in gezamenlijk overleg ingeschakelde onafhankelijke deskundige (aldus A-G Langemeijer in diens conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 16 januari 1998, *VR* 1998/119). De verzekeraar van de huisartsenpraktijk had al gemotiveerd laten weten waarom zij zich niet kon vinden in de gestelde verwijten, en mede daarom voorgesteld om een onafhankelijke deskundige te raadplegen. Omdat nota bene ook de eigen medisch adviseur van de benadeelde had geadviseerd om een onafhankelijke deskundige te raadplegen, had voor de benadeelde zonder meer voorzienbaar moeten zijn dat nader deskundigenbewijs noodzakelijk was om te kunnen vaststellen of de huisartsenpraktijk aansprakelijk had gehandeld, en dat het daarom niet zinvol was om al een deelgeschilprocedure aanhangig te maken. Het is daarom mede in het licht van de zojuist genoemde rechtspraak en wetsgeschiedenis niet meer dan terecht dat de deelgeschilrechter

niet tot begroting van de kosten van de procedure is overgegaan. Het (tegen)verzoek van de huisartsen om de benadeelde te veroordelen in haar proceskosten wijst de rechtbank af. Hoewel veel valt aan te merken op de wijze waarop door en/of namens de benadeelde is geprocedeerd, is ook dit oordeel overeenkomstig de wetsgeschiedenis. Artikel 289 Rv, dat voor bodemprocedures regelt dat de verliezende partij wordt veroordeeld in de (forfaitair bepaalde) proceskosten van de winnende partij, is ingevolge artikel 1019aa lid 3 Rv namelijk niet van toepassing op deelgeschilprocedures. Dit houdt verband met het uitgangspunt dat de deelgeschilprocedure nauw verbonden is met de buitengerechtelijke onderhandelingsfase, en in die fase de kosten van de verweer van de aansprakelijke partij ook nimmer voor vergoeding in aanmerking komen (*Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 12 en 19*). De kosten van de verwerende partij kunnen in een deelgeschilprocedure slechts dan voor vergoeding in aanmerking komen, indien sprake is van onrechtmatig procederen, maar daarvan zal slechts zeer zelden in uitzonderingssituaties sprake kunnen zijn. Ondoordacht procederen is nog niet hetzelfde als onrechtmatig procederen (HR 27 juni 1997, *NJ 1997/65* en HR 6 april 2012, *NJ 2012/232*).

Onder r.o. 4.7 overweegt de Rechtbank Amsterdam in haar oordeel over de kostenbegroting nog dat het oordeel anders had kunnen luiden indien de aansprakelijke partij onvoldoende voortvarend medewerking zou hebben verleend aan het oplossen van het geschil, maar daarvan was in casu geen sprake. De verzekeraar had immers zelf voorgesteld om in overleg een deskundige te raadplegen. Bij onvoldoende medewerking verlenen aan het oplossen van het geschil zou met het aanhangig maken van een deelgeschil volgens de Rechtbank Amsterdam een duw in de goede richting kunnen worden gegeven. Mijns inziens blijft ook dan evident dat voor een beslissing op de aansprakelijkheidsvraag een deskundigenonderzoek noodzakelijk zou zijn geweest, en voor het verkrijgen van zo'n noodzakelijk deskundigenonderzoek bestaat reeds een effectief procesinstrument, namelijk de verzoekschriftprocedure strekkende tot het gelasten van voorlopig deskundigenonderzoek (art. 202 Rv). De wetgever heeft uitdrukkelijk overwogen dat de deelgeschilprocedure in het leven is geroepen als aanvulling op (en dus niet in de plaats treedt van) reeds bestaande procesrechtelijke instrumenten, zoals het voorlopig deskundigenbericht (*Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 3*). Hoewel de wetgever in de parlementaire geschiedenis wel openingen leek te bieden om medewerking aan deskundigenonderzoek ook in een deelgeschil aan de orde te stellen (bijv. *Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3 p. 16*: 'Voorts kan aan de orde komen de vraag of naast de reeds door partijen geraadpleegde deskundigen nog andere deskundigen door hen geraadpleegd dienen te worden'), is in de rechtspraak inmiddels wel een zekere lijn zichtbaar dat de deelgeschilprocedure niet kan worden aangewend om een benoeming van en/of rapportage door een deskundige af te dwingen. In die situaties blijft een kostenbegroting ook vaak achterwege (zie o.a. Rb. Rotterdam 27 november 2018, *ECLI:NL:RBROT:2018:9711*, PS

2019-0015; Rb. Midden-Nederland 25 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1838, PS 2018-0394; Rb. Midden-Nederland 5 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4696 (r.o. 4.5) en Rb. Den Haag 24 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2468). Als dus voorzienbaar is dat voor een inhoudelijk oordeel deskundigenonderzoek noodzakelijk is, dan zal eerst moeten worden ingezet op de totstandkoming van dergelijk onderzoek, bij voorkeur in minnelijk overleg (indachtig gedragsregel 6 Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) en/of gedragsregel 18 GOMA). Wil de andere partij aan dergelijk onderzoek niet minnelijk meewerken, dan is aldus de voorlopig deskundigenprocedure van artikel 202 Rv de aangewezen processuele weg om dergelijk onderzoek af te dwingen.